

# Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo

BERNARDO CARVAJAL<sup>1</sup>

## RESUMEN

Para explicar mejor el alcance del debido proceso administrativo como norma jurídica cuyo respeto es indispensable en todas las actuaciones de la Administración, se exponen de una parte tres puntos de vista (formal, estructural y material). Estos criterios permiten comprender el debido proceso administrativo en sus dimensiones de norma constitucional desarrollada legal y reglamentariamente, de principio del cual se desprenden conductas y normas, y de derecho fundamental objetivo y subjetivo.

De otra parte, se reconoce que no se trata de una norma de alcance absoluto, puesto que en varias ocasiones puede relativizarse su plena aplicación. Dos fenómenos opuestos se aprecian en este punto: de un lado, el debido proceso administrativo tiende tradicionalmente a diferenciarse del debido proceso judicial, para justificar así un mayor número de limitaciones a su alcance. De otro lado, el papel de algunas autoridades administrativas tiende contemporáneamente a parecerse al de los jueces, surgiendo entonces el reclamo de nuevas garantías procesales.

En todo caso, el reconocimiento de limitaciones constitucionalmente válidas al debido proceso conlleva a la pregunta sobre los límites de tales limitaciones. No se puede suprimir totalmente su aplicación; no se le puede restar todo el

1 Abogado Universidad Externado de Colombia. Máster en Teoría de la Persona en el Derecho, Universidad Paris I Pantheon-Sorbona y Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Paris II, Pantheon-Assas. Candidato a Doctor en Derecho Público, Escuela Doctoral de la Sorbona (Universidad Paris I), Francia. [bernardo.carvajal@uexternado.edu.co](mailto:bernardo.carvajal@uexternado.edu.co)

alcance. Ello obedece a su carácter fundamental como norma que garantiza justicia o equidad procesal y que proscribe la arbitrariedad.

## PALABRAS CLAVES

Debido proceso administrativo, alcance, contenido, limitaciones, límites, jurisprudencia, derecho fundamental, principio, Constitución, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, discrecionalidad, arbitrariedad, proporcionalidad.

## RANGE AND LIMITS OF DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

### ABSTRACT

In order to explain in a better way the scope of Due Process in Administrative Law as a legal norm whose respect is essential to all government agencies, three points of view (formal, structural and material) are proposed. Those items seem useful to understand "Administrative Due Process" in all its dimensions: as a constitutional norm developed by the enactment of laws and decrees; as a principle inspiring some conducts and new norms; and as an objective and subjective fundamental right.

On the other hand, it is shown that Administrative Due Process is not an absolute rule because in some cases its full application is subject to normative relativism. Two opposite trends can be perceived at this point: in the first place, government agencies usually do not act the same way judges do, so Administrative Due Process should be distinguished from Judicial Due Process; therefore, it could actually have a more restricted scope. In the second place, some administrative authorities are nowadays playing a role more or less similar to what judges do. This means that new procedural guarantees will be claimed.

In any case, admitting valid limitations to Administrative Due Process leads to the quest of the limits of these limitations. The application of the rule of Due Process cannot be totally suppressed; its scope cannot be completely reduced. This is the result of its fundamental nature as a legal norm that ensures justice and equity in all administrative procedures, and proscribes random decisions.

### KEY WORDS

Administrative Due Process, scope, restrictions, limits, jurisprudence, fundamental right, Constitution, Administrative Code, discretionary decisions, arbitrariness, proportionality.

La historia de la expedición de los actos administrativos, tanto de carácter general como particular, debe ser la historia del respeto al debido proceso a lo largo de sus etapas de formación, adopción, confirmación y ejecución<sup>2</sup>. La relación así sugerida es tan estrecha que la validez y eficacia del acto administrativo dependen en gran medida del juicio que de él pueda hacerse a la luz de la norma del debido proceso.

Esta primera razón justifica la relevancia que tiene toda indagación sobre el alcance y las eventuales limitaciones del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas. Para ello, de una parte, se proponen tres modalidades de conocimiento de esta norma jurídica, las cuales lejos de ser excluyentes, parecen ser complementarias.

Así, en primer lugar, desde un punto de vista *formal*, el debido proceso aparece como norma de *rango constitucional* de conformidad con el artículo 29 del texto de 1991. Por ello puede decirse que el debido proceso se extiende, a primera vista, “*de arriba hacia abajo*” en el esquema de la jerarquía de las normas, debiendo entonces desarrollarse y determinarse por la ley y luego por el reglamento.

En segundo lugar debe advertirse que, en cuanto a su *estructura normativa*, se trata de una norma jurídica de *principio*, estrechamente relacionada con otras normas de similar condición que orientan igualmente la actividad de la administración pública y de las cuales se desprenden, a su vez, otros subprincipios y reglas.

Y en tercer lugar debe señalarse que, material o *sustancialmente*, se trata de un *derecho fundamental* que en sus dimensiones objetiva y subjetiva incorpora una serie de *garantías procesales* (publicidad, derecho de defensa, reglas probatorias, presunción de inocencia, impugnaciones, objeciones y recursos, etc.) que tomadas en su conjunto le dan un sentido constante y permanente, vinculado a la idea de *justicia* o *equidad procesal*<sup>3</sup>. Estos componentes sustanciales del debido proceso son indispensables tanto para el Estado –que en la práctica evitará nulidades y brindará seguridad jurídica–, como para el administrado. Si este principio resultase violado, la autoridad se saldría arbitrariamente del marco del *Estado de derecho*<sup>4</sup> y pondría en riesgo a los particulares en cuanto a la protección de al menos uno, o tal vez varios, de sus derechos fundamentales.

2 De acuerdo con la Corte Constitucional, la garantía del debido proceso comprende “*el modo de producción de los actos administrativos*”: sentencia T-048/2008.

3 En ese sentido, las garantías del debido proceso buscan la obtención de decisiones “*verdaderamente justas y adecuadas al derecho material*”: cfr. J.O. SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, *Acto administrativo*, 4ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 61-64.

4 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-917/2008.

Los tres enfoques que venimos de señalar pueden entonces servir para *delimitar el alcance* del principio del debido proceso en los procedimientos administrativos:

(1) Así, en virtud del primero de ellos puede entenderse que el debido proceso implica conocer y respetar la diversidad de procedimientos administrativos establecidos en la ley y sus actos reglamentarios, por medio de los cuales se llevan a cabo las diferentes funciones administrativas<sup>5</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la atención que se debe poner a las particularidades de los procedimientos administrativos sancionatorios<sup>6</sup> o disciplinarios; de los procedimientos administrativos por los cuales se hace efectiva la prerrogativa del cobro coactivo<sup>7</sup>; de los procedimientos a seguir en materia de licitaciones o de concursos públicos; de los procedimientos de supervisión, vigilancia y control; de los procedimientos para expedir regulaciones sectoriales; de los procedimientos para la adopción de una reglamentación de la ley, o para la expedición de otros actos administrativos de carácter general; de los procedimientos relacionados con la prestación de un servicio público; del procedimiento a aplicar cuando se trata de conservar o reinstaurar el orden público; o del simple trámite de un derecho de petición, entre otros.

Sin que sea necesario exponer exhaustivamente el catálogo de procedimientos especiales yuxtapuestos al procedimiento genérico del Código Contencioso Administrativo, pareciera que a cada función, por no decir, a cada entidad, autoridad y órgano de la administración pública colombiana correspondería un tipo de procedimiento administrativo. Intuitivamente podría pensarse que, entre más procedimientos, habría un mayor riesgo de hacer "estallar" el debido proceso en múltiples fragmentos.

En todo caso, puesto que la especialización y la diversificación de funciones, así como la creación de nuevas autoridades parecen inevitables, el procedimiento administrativo "estándar" o genérico, es decir el del código, permanece y sigue siendo una referencia normativa obligatoria o, cuando menos, la regla

5 Ello, en palabras del artículo 29 de la CP de 1991, equivaldría a la "observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

6 Al respecto, debe señalarse que el Proyecto de Ley 198/2010 (Senado) y 315/2010 (Cámara) por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aprobado en cuarto debate el 30 de noviembre de 2010 y cuyo texto final ya ha sido conciliado (cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 1075 de 10 de diciembre de 2010), prevé un capítulo III, del título III, de la parte primera, en el cual se establece un procedimiento administrativo sancionatorio, aplicable a falta de procedimiento especial fijado por ley, y que en todo caso deberá aplicarse en el evento de vacíos en los procedimientos especiales.

7 El proyecto de código antes citado prevé un título IV en su parte primera, específicamente dedicado al procedimiento administrativo de cobro coactivo.

supletoria por excelencia de todos los procedimientos administrativos<sup>8</sup>. Adicionalmente, ante incompatibilidades o vacíos normativos de índole legal e infralegal, deberán reconocerse la supremacía normativa y la eficacia directa e inmediata del principio constitucional del debido proceso<sup>9</sup>, incluyendo la observancia del precedente jurisprudencial sobre este tema, vinculante en virtud del principio de igualdad ante la ley y de igualdad de trato por parte de la Administración.

De la misma manera que ocurre en cualquier lenguaje, la multiplicación de referencias o denotaciones vinculadas al enunciado normativo sobre el debido proceso no le hacen cambiar ni perder el sentido que tiene este principio dentro del sistema normativo colombiano, el cual está asegurado por las garantías básicas que den orden, racionalidad y equilibrio a las relaciones entre la autoridad administrativa y el particular.

(2) Retomando ahora el segundo enfoque inicialmente planteado, puede también entenderse que el debido proceso administrativo debe ser interpretado y aplicado junto con otros principios, escritos o no escritos, explícitos o implícitos, que completan su sentido normativo. Dicho de otro modo, *el principio del debido proceso está ciertamente contemplado dentro del enunciado normativo del artículo 29 de la Constitución de 1991, pero su contenido no se reduce a las referencias allí contempladas*. Es decir, por supuesto, que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuación administrativa; que a nadie le impondrán obligaciones o le declararán responsabilidades sino conforme a las normas preexistentes; que se respetarán minuciosamente las competencias de las diferentes autoridades y que se observarán plenamente las formas propias de cada actuación.

Del mismo modo, es claro que bajo el principio del debido proceso, cuando la administración deba sancionar, respetará los principios de favorabilidad y del *non bis in ídem* y garantizará la presunción de inocencia y el ejercicio del derecho de defensa. De la misma manera, ningún procedimiento administrativo tendrá dilaciones injustificadas y, en caso de requerirse pruebas para la adopción de un acto administrativo, su valoración y recaudo seguirán los

8 Cfr. art. 1º, inciso 2º, Código Contencioso Administrativo de 1984. Igualmente, el art. 2º del proyecto de nuevo código dispone en su tercer inciso que el procedimiento establecido en la parte primera del código se debe aplicar, salvo en caso de procedimientos creados por leyes especiales. En todo caso, en lo no previsto por ellas se aplicará el procedimiento genérico. Se resalta igualmente que no hay ningún reenvío a las reglas de rango legal del procedimiento civil codificado. Ello significa que podría violar el debido proceso administrativo la autoridad que arbitrariamente decida seguir las normas de los procedimientos judiciales del derecho común. En ese mismo sentido, el art. 3º, inc. 1º del proyecto de código dispone que las normas de referencia en materia de procedimientos administrativos son la Constitución, la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y las leyes especiales (entiéndase en materia de procedimientos administrativos).

9 Cfr. arts. 4º y 85 de la CP, 1991.

principios del derecho probatorio reconocidos por el derecho colombiano. Igualmente, es evidente que el principio del debido proceso debe permitir al administrado la impugnación de las decisiones de la Administración que le hubieren sido contrarias, fundamento constitucional de lo que se conoce como los recursos en vía gubernativa.

Si todas esas garantías se desprenden de la lectura del artículo 29 constitucional, existen sin embargo otras que provienen de la integración de más principios de valor constitucional como el de *buena fe* en las relaciones entre Administración y administrado<sup>10</sup>. Valga la pena resaltar que de este principio se desprenden dos subprincipios reconocidos jurisprudencialmente y que, por consiguiente, las autoridades administrativas tienen la delicada obligación de acatar y optimizar: se trata del *respeto del acto propio*<sup>11</sup> y de la *protección de la confianza legítima*<sup>12</sup>.

10 Art. 83 CP, 1991: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Vale la pena destacar que el numeral 4° del art. 3° del proyecto inicial de Código de Procedimiento Administrativo disponía que “en virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares que a ella acuden tienen un deber de lealtad y de corrección que determina los comportamientos que deben esperarse de unos y de otros. En consecuencia, las autoridades presumirán que quien actúa ante ellas es verdaderamente la persona que declara ser, que ha actuado de acuerdo con sus derechos y deberes, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales”. La versión finalmente adoptada fue, sin embargo, la siguiente: “En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”. De todas maneras queda claro que los comportamientos procesales se basan también en la buena fe y que las consecuencias prácticas enunciadas, sin ser taxativas, buscan la concretización del principio y la eliminación del culto al formalismo inspirado en una malsana e inconstitucional presunción de mala fe.

11 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-099 de 19 de febrero de 2009, entre muchas otras. Este principio de origen jurisprudencial se veía expresamente reconocido en el numeral 6° del art. 3° del proyecto inicial de Código de Procedimiento Administrativo (cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 440 del 22 de julio de 2010). De acuerdo con dicho proyecto, una entidad administrativa no puede alterar por vía de autoridad una posición subjetivamente atribuida o reconocida por la misma institución. Sólo por la vía de un debido proceso administrativo se podrían evitar decisiones abruptas y totalmente unilaterales en estos casos. De resto, puede decirse que lo que la Administración ha previamente reconocido a un sujeto determinado, mediante un acto vigente, no puede ser posteriormente desconocido o ignorado de tajo, pues se estaría violando el subprincipio del acto propio que vulnera el principio de buena fe y, de paso, se podría considerar que la Administración estaría actuando de manera arbitraria. Finalmente, el Congreso de la República decidió excluir la mención expresa que se hacía de esta verdadera norma jurídica (cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 1075 del 10 de diciembre de 2010).

12 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-472 de 16 de julio de 2009, entre las más recientes decisiones al respecto. Para una presentación de esta norma de creación pretoriana, v. M.J. VIANA, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. El proyecto inicial de Código de Procedimiento Administrativo preveía un numeral 5° del art. 3°, según el cual “en virtud del principio de confianza legítima, las autoridades deben amparar a los administrados que, ante cambios bruscos e intempestivos

De la misma manera, la regla según la cual "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"<sup>13</sup>, complementa la exigencia del respeto de las competencias y por consiguiente del *principio de legalidad* dentro de las actuaciones administrativas. Así mismo, los principios propios de la función administrativa indicados en el artículo 209 constitucional, tales como la *economía*, la *celeridad*, la *imparcialidad* y la *publicidad* se aplican directamente en todos y cada uno de los procedimientos administrativos<sup>14</sup>. Incluso, el *principio de prevención* y el emergente *principio de precaución*<sup>15</sup> pueden incidir en la determinación del alcance del debido proceso, por ejemplo, tratándose de medidas unilateralmente impuestas por la Administración<sup>16</sup>.

De otra parte, sin que sea menester salirse del texto constitucional, puede constatarse la vigencia de otras normas jurídicas que, para ciertos temas

*legalmente efectuados, tenían razones objetivas para confiar en la durabilidad de una regulación, y que el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación jurídica. En tales casos, la Administración debe proporcionar al afectado el tiempo y los medios necesarios para adaptarse a la nueva situación". Sin embargo, el texto definitivamente adoptado lo excluyó. En todo caso, se trata de un principio que debe ser acatado, lo cual supone la puesta en marcha de nuevas garantías del debido proceso.*

- 13 Arts. 121 y 122 CP, 1991, que responden al deber ciudadano fijado en el inciso 2º del art. 4º constitucional.
- 14 La jurisprudencia constitucional ha indicado que, "*como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior*": sentencia T-103/2006. Es por tal razón que, por ejemplo, la lentitud o la negligencia de una autoridad administrativa para expedir un acto administrativo de fondo, relativo a la titulación colectiva de unos territorios, viola el debido proceso y crea una situación de amenaza de vulneración de otros derechos fundamentales: cfr. Corte Constitucional, sentencia T-909 de 7 de diciembre de 2009. El artículo 3º del Código Contencioso Administrativo de 1984 es igualmente tributario de la misma idea, mientras que su art. 30 trae algunas reglas que garantizan el principio de imparcialidad. En el mismo sentido va el art. 3º (numerales 3, 9, 12 y 13) del futuro código.
- 15 Los numerales 14 y 15 del artículo 3º del proyecto de Código de Procedimiento Administrativo inicialmente aprobado en primer y segundo debate recogían de manera explícita estos principios; pero a partir del tercer debate se optó por excluirlos del texto finalmente adoptado a finales de 2010.
- 16 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fallo de 19 de noviembre de 2009, rad. 68001-23-15-000-1999-02524-01. En este asunto, el análisis de fondo sobre la eventual violación al debido proceso en materia ambiental se complementa invocando formalmente el principio de precaución, aunque bien podría pensarse que sustancialmente se trataba del principio de prevención: "*Para la adopción de tales medidas (de seguridad para proteger la salubridad pública) el legislador no exige formalismos especiales. Dichas medidas, que no son de naturaleza sancionatoria sino preventiva, son de inmediata aplicación ya sea de oficio o a petición de parte interesada. Es del caso subrayar desde ya que la adopción de tales medidas encuentra su fuente de inspiración y justificación en el principio de precaución, el cual, según lo dispuesto en diferentes instrumentos internacionales y en expresas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico interno, constituye uno de los principios cardinales en materia de protección del medio ambiente*".

o autoridades específicos, imponen garantías adicionales a las que ya han sido señaladas en nombre del respeto al debido proceso. Se trata, entre otros muchos ejemplos, de la exigencia de la carrera administrativa y del concurso público de méritos para los servidores públicos<sup>17</sup>; del objetivo de la participación ciudadana<sup>18</sup>; del derecho a la participación y consulta de las comunidades indígenas para la toma de ciertas decisiones<sup>19</sup> o de la exigencia de procedimientos que hagan del control fiscal una actuación posterior y selectiva<sup>20</sup>. En esos casos específicos, desconocer esas normas equivale a desconocer también el principio del debido proceso administrativo.

(3) Ahora bien, pasando al tercer enfoque previsto, debe entenderse que el derecho fundamental al debido proceso administrativo impone cargas y obligaciones a todos los poderes públicos instituidos y a todos los sujetos que puedan asimilarse a una autoridad administrativa o a un servidor público. En esa medida, la Administración debe responder al fenómeno de la *constitucionalización* del derecho *internalizándolo*; es decir, asumiéndose como el *primer garante* de la vigencia material de los derechos fundamentales y de las demás normas constitucionales<sup>21</sup>.

En consecuencia, la misma Administración, en caso de detectar alguna posible amenaza al derecho fundamental al debido proceso, deberá buscar por su propia iniciativa las medidas de saneamiento oportunas y pertinentes<sup>22</sup>

17 Cfr. art. 125 CP, 1991.

18 Cfr. art. 2° CP, 1991. Véase igualmente, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fallo de 15 de abril de 2010, rad. 11001-03-24-000-2005-00358-00: *"El artículo 2° de la Constitución Nacional, indica que uno de los fines del Estado es el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. En este caso existe una disposición superior expresa, cual es el Decreto 2696 de 24 de agosto de 2004 que ordena la publicación en la página web, por parte de la CRT de los 'proyectos de regulaciones de carácter general' que van a adoptarse. Es claro que una decisión de telecomunicaciones que afecta tanto a los usuarios como a los operadores, debía ser publicada desde que era 'proyecto' por lo que la Sala considera que dicha publicación hace parte del debido proceso"*. Por otro lado, los artículos 3° (numeral 6°) y 8° (numeral 8°), del proyecto de código adoptado, retoman la participación ciudadana como norma de referencia obligada en el derecho de las actuaciones administrativas.

19 Cfr. arts. 329 y 330, parágrafo, CP, 1991. De acuerdo con el art. 46 del proyecto de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, "cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar".

20 Cfr. art. 267, inc. 2° CP, 1991.

21 Sobre esta premisa, ver J.I. RINCÓN CÓRDOBA, *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

22 Pensemos, entre otras medidas posibles, en la aplicación de la tesis de la *convalidación* del acto administrativo a través de la expedición de otro acto administrativo "en procura de la estabilidad jurídica y de hacer predominar el concepto de lo sustancial frente a lo meramente adjetivo, evitándose de esta manera permanentes pronunciamientos sobre ilegalidades que la Administración hubiere podido



o hacer uso, si es del caso, de la facultad de revocación directa de sus actos. De otro lado, puede igualmente ocurrir que, con ocasión de la presentación de recursos en la vía gubernativa, la Administración deba inclinarse ante la supremacía de los derechos fundamentales –en este caso del debido proceso administrativo– al interior de un Estado constitucional y democrático de derecho. No es entonces una cuestión de humildad, por oposición a una eventual arrogancia de la administración, sino la voluntad de la autoridad para superar jurídicamente la anomalía procesal constatada, consecuente con una actitud de sumisión al derecho objetivo fundamental<sup>23</sup>.

Lo anteriormente enunciado implica una cierta *flexibilidad* en la manera de concebir el derecho procesal que permite ejercer las diferentes prerrogativas de autotutela de la Administración. En ese orden de ideas, la revisión de sus propios actos sigue siendo ciertamente un privilegio de la Administración que, de ahora en adelante, podría concebirse como un *privilegio para una buena causa*: la garantía y efectividad de los derechos y libertades de los administrados.

De esta forma se protege de primera mano el debido proceso administrativo sin externalizar el problema; es decir, sin hacer de la constitucionalización del derecho administrativo una tarea que recaiga únicamente sobre las jurisdicciones administrativa y constitucional. Lo anterior no impide reconocer que el control del respeto al derecho fundamental a un debido proceso administrativo provendrá, en últimas, de las acciones y recursos judiciales, objetivos y subjetivos, que favorezcan su protección de la manera más idó-

*corregir*": J.O. SANTOFIMIO GAMBOA, *op. cit.*, p. 351. Esta parece ser la idea subyacente al artículo 41 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: "La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto (definitivo), de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluir la".

- 23 Es por ello que algunos autores extranjeros plantean la necesidad de complementar el estudio del derecho positivo administrativo con una "ética del servicio público", sin la cual las normas escritas suelen transformarse en letra muerta: cfr. A.E. VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Paris, Dalloz, 2004. No es un misterio que nuestras autoridades administrativas actúen en ocasiones más por capricho o por ignorancia, que por razones estrictamente jurídicas al sacralizar los requisitos procesales de ciertos actos; y ello muy a pesar de las varias disposiciones legislativas y reglamentarias adoptadas para darle mayor fluidez y transparencia a los trámites y actuaciones de carácter administrativo. Un caso emblemático es el de exigir aportar documentos o acreditar calidades que la Administración ya conoce, que reposan en sus expedientes y dependencias, que ella misma puede procurarse o que ha reconocido dentro del mismo procedimiento. Cfr. T-1021/2002: "Ya ha sostenido la Corte que las formalidades son un medio de concreción del derecho sustancial y no un fin en sí mismo. Es claro que las exigencias formales que consagra la ley para darle validez a ciertos actos deben ser observadas y tenidas en cuenta, pero su verificación no puede conllevar a que se sacrifiquen derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa o el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial. La Administración, dentro de un proceso que adelante, no puede desconocer o ignorar sus propias actuaciones ni exigir el cumplimiento de un requisito que está acreditado dentro del mismo".

nea e inmediata. En particular, la necesidad de amparar a los administrados ante situaciones de especial urgencia conducirá con frecuencia al uso de la *acción de tutela*, instrumento altamente *polivalente* dentro del control externo de la Administración<sup>24</sup>.

De todos modos, tanto la Administración como los jueces, deberán considerar, llegado el caso, los contenidos del derecho fundamental al debido proceso administrativo "*de abajo hacia arriba*" para cada asunto en concreto, con el fin de hacer prevalecer lo sustancial, junto con lo procesalmente justo y correcto, sobre los formalismos vacíos<sup>25</sup> o lo formalmente inocuo<sup>26</sup>.

- 24 La acción de tutela prevalecerá en muchos casos sobre las acciones contencioso administrativas cuando se trata de salvaguardar el debido proceso para evitar perjuicios irremediables de manera definitiva y no solamente transitoria ante la falta de idoneidad de las acciones ordinarias. Así, la Corte Constitucional ha reiterado en muchas ocasiones que "*la jurisprudencia constitucional ha hecho hincapié en la necesidad de que la Administración actúe de manera diligente y sin dilaciones injustificadas así como en lo imperioso que resulta que responda de fondo las peticiones elevadas por los ciudadanos y por las ciudadanas. Ha acentuado, de la misma manera, que cuando las entidades estatales se han abstenido de dictar las medidas indispensables para obtener una protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales fundamentales y han mantenido en el tiempo la vulneración negándose a aplicar las normas legales y reglamentarias pertinentes, procede el amparo en sede de tutela así todavía no se hayan agotado los mecanismos ordinarios de protección*: sentencia T-909/2009. En cuanto a las aplicaciones en derecho administrativo, puede citarse, por ejemplo, la procedencia de la tutela del debido proceso administrativo ante un concurso de méritos: cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de diciembre de 2009, rad. 05001-23-31-000-2009-01273-01(AC) y sentencias de 1º de noviembre de 2007, rad. 2007-02525(AC) y de 8 de noviembre de 2007, rad. 2007-02121(AC); ver igualmente, Corte Constitucional, sentencia T-388 de 1998. En otras ocasiones, la extensión del debido proceso administrativo a la fase de ejecución sin dilaciones de un acto válido ha llevado al juez de tutela a ordenar incluso el pago de una indemnización prevista por la misma Administración en el acto que suprimió un cargo de carrera: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 2 de febrero de 2006, rad. 13001-23-31-000-2005-01959-01(AC).
- 25 La Corte Constitucional ha formulado la teoría del defecto procedimental denominado "*exceso ritual manifiesto*" cuando "*un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia*": cfr. sentencia T-599 de 2009, considerando 6.1.
- 26 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fallo de 19 de noviembre de 2009, rad. 68001-23-15-000-1999-02524-01, C.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. En este caso, no obstante se reconoce que la Administración aplicó un procedimiento derogado, en detrimento del que debía aplicarse al momento de expedir un acto administrativo, pero esta situación es apenas el punto de partida de un análisis que pretende remontar hasta la fuente constitucional: "(...) no queda ninguna duda de que el Decreto 1753 de 1994 era la norma aplicable. Con todo, la Sala considera que el mencionado yerro no constituye en este caso un vicio de carácter sustancial y mucho menos que la aplicación del Decreto 1594 de 1984 deba conducir irremediablemente a la anulación de los actos acusados, pues como bien lo señala el Tribunal Administrativo de Santander en su providencia, en los procedimientos sancionatorios regulados por los Decretos 1594 de 1984 y 1753 de 1994 se establecen similares oportunidades de audiencia y de defensa. Para corroborarlo, basta simplemente con observar cómo en ambos decretos se garantiza el derecho del investigado de conocer y desvirtuar los cargos que se le endilgan, de esgrimir los argumentos y de allegar

Bajo los anteriores parámetros y criterios podría abordarse plenamente el estudio y análisis de la parte del "Código Administrativo" que pretenda desarrollar el derecho de las actuaciones administrativas, o el de cualquier otro estatuto normativo que contenga las reglas del procedimiento a seguir por alguna autoridad administrativa. Adicionalmente, aquí resulta indispensable tener presente que el debido proceso administrativo es también una *exigencia internacional* en el marco de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano ante el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a este tema así lo indica<sup>27</sup>. Por su parte, la jurisprudencia nacional, tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, parece reflejar bien el estado actual de la cuestión en Colombia y su análisis resulta de gran utilidad para hacerse una visión integral de un tema caracterizado por la *complejidad* y sometido siempre a *contextualización*<sup>28</sup>. Dicha visión se sintetiza en el siguiente extracto jurisprudencial, que ha sido frecuentemente objeto de reiteración:

El debido proceso aplicado al procedimiento administrativo es "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la Administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa; (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la Administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"<sup>29</sup>.

(4) Habiéndose pues esbozado lo relativo a los tres enfoques sugeridos para comprender y determinar el alcance del debido proceso en las actuaciones administrativas, debe de otra parte reflexionarse sobre la posibilidad de *limitar*

*las pruebas que estime necesarias, así como el derecho de presentar los recursos que procedan para controvertir las determinaciones adoptadas en su contra".*

27 Cfr. art. 8º de la CADH en su versión jurisprudencial que consta, entre otros, en los siguientes fallos de la Corte IDH: Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, considerandos 69 a 71; caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, considerandos 124-127; caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, considerandos 101 a 110.

28 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-945 de 2001.

29 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-909/2009, T-653/2006 y T-552/1992, entre otras. Siguiendo la óptica aquí esbozada, puede constatarse que, aunque la definición del debido proceso que se hace en el numeral 1º del art. 3º del futuro código ("*En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las reglas de procedimiento y competencia establecidas en la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem*") concentre los rasgos predominantes de este principio aplicado a la actividad de la administración, las exigencias de justicia procesal hacen que nuestro principio tienda siempre a superar las definiciones taxativas.

o restringir eventualmente su plena aplicación, aunque no en todos, tal vez en la mayoría de los procedimientos administrativos.

Al respecto, lo primero que surge son preguntas que se dejan abiertas desde el punto de vista doctrinal. Así, teniendo en cuenta las diferencias de objetivo, finalidades y métodos que puede haber entre la actividad administrativa y la actividad jurisdiccional, *¿existiría por consiguiente alguna diferencia entre el debido proceso administrativo y el debido proceso judicial? ¿Conservaría siempre esta última faceta del principio más garantías que aquella? ¿Se reducirá entonces la historia de la expedición de los actos administrativos a la historia de las limitaciones al debido proceso?*

Si aún es cierto que la Administración dispone de *prerrogativas* o de *poderes exorbitantes* que hacen de ella un sujeto de derecho distinto a los demás, el alcance del principio del debido proceso podría efectivamente sufrir mayores limitaciones cuando se trate de una autoridad administrativa que cuando se trate de la administración de justicia que, por definición, es independiente y neutra<sup>30</sup>.

Ahora bien, dado el caso de constatarse alguna limitación a ciertas garantías del debido proceso, debe en primer lugar recordarse que ciertamente los derechos fundamentales no son intangibles en términos absolutos (salvo la prohibición de la tortura), pues deben ajustarse y ponderarse con otros que ostenten el mismo nivel. Debe también ponerse de presente que dichas restricciones suponen una correlación con otras limitaciones que, de manera proporcionada, puedan imponerse a los derechos fundamentales de los particulares obedeciendo a criterios de *interés general* o de prevalencia del *interés colectivo* sobre el interés individual.

Otro punto a considerar aquí corresponde a las necesidades prácticas propias de cada actividad de la Administración, vinculadas con la misión de materializar progresiva y cotidianamente los objetivos constitucionales del Estado social de derecho, las cuales le exigen cierto *margen de apreciación* y de *discrecionalidad*. No obstante aquello, los fundamentos constitucionales del derecho administrativo permiten formular aquí una distinción que evita pasar de lo discrecional y expedito a lo arbitrario y a la producción de actos administrativos "automáticos". En efecto, una cosa es que el uso de prerrogativas o poderes exorbitantes supongan una restricción justificada de algunos derechos fundamentales de los administrados; otra distinta es que dentro de este margen restringido se ignoren las *garantías mínimas* que siguen emanando del derecho fundamental al debido proceso.

Es por tal razón que la regla general es la tendencia hacia la proscripción de decisiones administrativas inconsultas, dependientes únicamente del libre

30 Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado que "*las actuaciones y procedimientos administrativos, salvo manifiesta e indudable remisión legal, deben regirse por sus propios principios y procedimientos, y no por los consagrados para procesos judiciales ordinarios, y menos especiales*": sentencia T-195 de 1999.

arbitrio de la autoridad, o de decisiones que sean jurídicamente incontrovertibles<sup>31</sup>. Varios ejemplos permiten ilustrar mejor el punto, a partir de la jurisprudencia constitucional relacionada con la administración de impuestos<sup>32</sup> y con la policía administrativa en materia cambiaria<sup>33</sup> y de extranjeros<sup>34</sup>.

Con la muestra jurisprudencial obtenida se constata, por un lado, la posibilidad de limitación del derecho de acceso al expediente y del principio de publicidad de las actuaciones<sup>35</sup>, cuando la ley o el reglamento determinan que ciertas actuaciones o documentos tienen carácter reservado<sup>36</sup>. Así mismo, se puede observar un segundo ejemplo de limitación cuando se restringen los excluyentes de responsabilidad que pueden ser alegados por los administrados ante la administración de impuestos y aduanas, en virtud del interés general representado en el deber de declarar el impuesto sobre las ventas, así el valor a declarar sea cero<sup>37</sup>.

Ello implica que los efectos del art. 29 constitucional sobre ciertas actuaciones administrativas se logran moderar, matizar o relativizar por vía de interpretación: *"la no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo ad-*

31 Ciertamente, esta tendencia no es del todo pacífica, tal como se constata en los casos de desvinculación de servidores públicos nombrados provisionalmente en cargos de carrera: mientras que para el Consejo de Estado no se requiere explicar las razones de dichos actos administrativos, para la Corte Constitucional, a la luz del principio del debido proceso, hay "un inexcusable deber de motivación" de dichos actos, salvo en casos muy puntuales. De paso, se pone aquí de presente la estrecha relación entre discrecionalidad administrativa y debido proceso administrativo (Cfr. H.A. MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad Administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007).

32 Corte Constitucional, sentencia C-637 de 2000.

33 Corte Constitucional, sentencia C-599 de 1992.

34 Corte Constitucional, sentencia T-321 de 2005.

35 A falta de publicidad de una actuación, el derecho de defensa no puede ejercerse y la Administración actúa unilateralmente. Sin embargo, la unilateralidad no es censurada por el juez de los derechos fundamentales siempre y cuando se trate de actuaciones de la autoridad en las cuales no se establezca una relación jurídico-procesal con un sujeto plenamente determinado e identificado. Es el caso, por ejemplo, de las llamadas indagaciones preliminares: cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-620 de 1996.

36 Si tratándose de documentos, el manejo es ya difícil en la práctica (cfr. art. 29, inciso final, del Código Contencioso Administrativo de 1984; véase igualmente el art. 5º, numerales 2 y 3 del proyecto de código), mucho más lo es cuando la ley dispone que la etapa de averiguación preliminar adelantada por una autoridad de supervisión, vigilancia y control no requiere para su desarrollo del concurso o conocimiento de los presuntos infractores (art. 7, Decreto-Ley 1746 de 1991, en materia de infracciones cambiarias) y no se deja ninguna pauta jurisprudencial para saber si aquello equivale a la negación total de acceso al expediente por parte del presunto infractor: cfr. sentencia C-599 de 1992 y los salvamentos de voto respectivos.

37 "En casos como el que nos ocupa, la sanción debe eliminar radical y efectivamente las conductas contrarias a la obligación de informar a la Administración y hacerlo oportunamente, con el propósito de que ésta pueda realizar un efectivo control fiscal, el principio del debido proceso deberá entenderse supeditado o restringido en función del interés general": sentencia C-637 de 2000.

ministrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido<sup>38</sup>. Sin embargo, se constata también que la restricción operada no es sinónimo de inaplicación total del debido proceso, razón por la cual el juez constitucional optará en estos casos por una decisión condicionada al mantenimiento de garantías mínimas de defensa<sup>39</sup>.

De otro lado, un tercer ejemplo de aplicación de ciertas restricciones al debido proceso se relaciona con en el amplio margen de discrecionalidad con que cuentan los Estados para permitir la entrada de extranjeros al territorio nacional. Pero aún en ese caso de ejercicio de la soberanía de un Estado a nivel internacional, el cual tiende a ser absoluto cuando se procede a "inadmitir" a ciertos visitantes documentados, el derecho fundamental al debido proceso administrativo subsiste dentro de la limitación que va de suyo<sup>40</sup>.

En efecto, como lo recuerda el juez constitucional, la ley aplicable en Colombia dispone que en materia de inmigración, "todas las personas serán sometidas al momento de ingreso al país, al correspondiente control migratorio que estará a cargo del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, con el fin de determinar la regularidad de su ingreso" y que "la sanción prevista en estos casos es la deportación". Sin embargo, "contra el acto administrativo que ordena la deportación proceden los recursos de la vía gubernativa, los cuales se concederán en el efecto suspensivo". Así las cosas, el acto que decide la deportación debe ser, al menos, someramente motivado, siendo posible además impugnarlo.

38 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-145 de 1993. Este mismo caso refleja otra limitación, esta vez en cuanto a la carga probatoria, la cual disminuye en este tipo específico de actuaciones: "Además, debe aclararse que, tal como lo ha sostenido esta Corporación, en la imposición de la sanción por no presentación de la declaración tributaria, la carga probatoria a cargo de la Administración disminuye, porque ésta no debe probar la infracción sino aceptarla como un hecho susceptible de ser desvirtuado y las causales idóneas para exonerar al omiso, deberán guardar relación directa con la imposibilidad de presentar a tiempo la declaración del impuesto sobre las ventas" (sentencia C-637 de 2000).

39 "No obstante, esta declaratoria no puede entenderse como negación del derecho que asiste a toda persona, a ser oído, a exculpar su responsabilidad, a presentar pruebas y controvertir las contrarias e impugnar las decisiones desfavorables. Por ello ha de condicionarse su exequibilidad a que la Administración desarrolle un espacio adecuado para que el infractor de la obligación de presentar declaración de ventas en tiempo, pueda ejercer su derecho de defensa": *ibidem*.

40 "Los Estados cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para regular el ingreso y permanencia de extranjeros en su territorio, pero esta discrecionalidad tiene como límite los derechos fundamentales, a cuyo respeto se encuentran comprometidos todos los Estados. Es potestativo de todo Estado, como expresión de la soberanía, reservarse la facultad de permitir el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio colombiano, con mayor razón es imperioso impedir dicha permanencia si existen elementos de juicio convincentes de que el extranjero ingresó y permanece en el país de manera irregular": sentencia T-321 de 2005.

De los anteriores ejemplos se puede inferir que las limitaciones que justificadamente se pueden imponer a ciertas garantías del debido proceso aplicable a la administración pública, suponen la aplicación del *juicio de proporcionalidad* y, si es del caso, del *principio pro homine*<sup>41</sup>, para evitar que, so pretexto de una restricción, se esté prácticamente desconociendo toda fuerza vinculante a este derecho.

Al tener la calidad de fundamental, *el debido proceso administrativo no puede dejar de aplicarse del todo*. Sea cual sea la mutación en las labores que la administración deba realizar, ora actuando unilateralmente, ora definiendo la regulación aplicable a los operadores dentro de un sector determinado, e incluso cuando en uso de sus competencias deba solucionar un conflicto entre dos o más partes, la historia de las limitaciones al debido proceso en los procedimientos administrativos deberá ser la historia de la determinación y posterior respeto de los *límites a dichas restricciones*<sup>42</sup>.

Así las cosas, la búsqueda de *equilibrio* entre el poder de la autoridad administrativa y los derechos y libertades de los particulares sigue siendo una constante que caracteriza nuestro derecho administrativo<sup>43</sup>.

Ese mismo equilibrio comienza y termina, en gran parte, con la aplicación del principio del debido proceso.

41 El numeral 17 del artículo 3º de la versión inicial del proyecto de Código de Procedimiento Administrativo señalaba que “*en virtud del principio de proporcionalidad, las autoridades adoptarán decisiones adecuadas o idóneas a los fines por cuya prosecución deben propender, que resulten necesarias o sean menos lesivas de los derechos o intereses jurídicos comprometidos en cada caso y que establezcan una razonable relación de equilibrio o ponderación entre los mismos*”. Igualmente, el numeral 16 del mismo artículo 3º establecía que “*en virtud del principio pro homine, las autoridades en sus actuaciones deberán siempre interpretar de manera extensiva los derechos humanos y, de manera restrictiva, sus limitaciones. Las autoridades deberán siempre acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de estos. (...)*”.

42 En algunas ocasiones, la búsqueda de mayor legitimidad de la Administración ante el hecho de aparecer como juez y parte o ante la sospecha de imparcialidad o de poca autonomía decisoria, ha llevado a la implementación de ajustes orgánicos y procesales al interior de ciertas entidades, así como a la creación de autoridades administrativas autónomas e independientes. ¿Nueva estructura estatal y organización de los poderes públicos? ¿Declive de la autoridad? ¿Declinación de la jurisdicción? Sobre esta tendencia en los diferentes sistemas jurídicos, cfr. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil, 2008, pp. 121-138.

43 Dicha idea no es ajena al Código Contencioso Administrativo de 1984 (art. 2º) y debe sin duda afinarse en caso de adoptarse una nueva codificación.